



**CONSEJO DE ESTADO  
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO  
SECCIÓN SEGUNDA  
SUBSECCION "B"**

**Consejera Ponente: Doctora SANDRA LISSET IBARRA VELEZ.-**

Bogotá D.C., once (11) de noviembre de dos mil quince (2015)

**Radicado No: 680012333000-2013-00108-00  
No. Interno: 0325-14  
Actor: RENE JULIAN VILLAMIZAR OCHOA  
Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS  
NACIONALES  
Acción: MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y  
RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Tramite: LEY 1437 DE 2011  
Asunto: NIVELACION SALARIAL SUPERNUMERARIO**

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de fecha diecisiete (17) de octubre de dos mil trece (2013), proferida por el Tribunal Administrativo de Santander que denegó las pretensiones de la demanda.

**I. ANTECEDENTES**



## **1. LA DEMANDA.-**

En ejercicio del Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho consagrado en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011<sup>1</sup>, el señor Rene Julián Villamizar Ochoa, actuando a través de apoderado judicial acudió ante esta jurisdicción a fin de controvertir la legalidad del acto administrativo de radicación No 100000202-00040 del 13 de enero de 2012, por medio del cual, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales denegó la existencia de un contrato realidad y la condición de empleado de planta que deprecaba el actor se reconociese.

### **PRETENSIONES**

Se declare la nulidad del acto administrativo de radicación 100000202-0040 del 13 de enero de 2012, por el cual, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales negó la existencia de contrato realidad y la condición de empleado de planta que deprecaba el actor se reconociese y la Resolución 001737 del 8 de marzo de 2012, por medio del cual, se resolvió un recurso de reposición y se agotó la vía gubernativa.

Que se declare la existencia de un contrato realidad y se tenga al demandante como funcionario de planta desde la fecha de su ingreso a la entidad. Así mismo, se nivele salarialmente de conformidad con el Decreto

---

<sup>1</sup> Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.



618 de 2006, 607 de 2007, 714 de 2009 y se le reconozca y pague la diferencia prestacional básica fijada para el cargo de Gestor I-301-01.

Se reliquide y pague la diferencia salarial entre el valor inferior recibido en el cargo desempeñado como supernumerario en el cargo de Gestor I 301-01 y su verdadera asignación salarial, determinada por las funciones desarrolladas comparadas con su par de la planta de personal de la Dian

Que se reconozca y pague las prestaciones sociales designadas para los funcionarios de la planta de cargo de la Dian como son los incentivos por desempeño grupal, desempeño de fiscalización, desempeño nacional, vacaciones, prima de vacaciones, bonificación por servicios prestados, subsidio de alimentación, auxilio de transporte, horas extras dominicales y festivos y demás prestaciones dejadas de cancelar de conformidad con el Decreto 1268 de 1999.

Las anteriores pretensiones fueron sustentadas en los supuestos facticos que a continuación se narran

## **LOS HECHOS**

Manifestó el actor que ingresó al servicio de la Dian como trabajador Supernumerario el día 07 de septiembre de 1999 hasta el día 31 de



diciembre de 2011, siendo su último cargo el de Gestor I Código 301 Grado 01 y como funcionario temporal de planta desde el 3 de enero de 2012.

Que prestó sus servicios por periodos sucesivos de uno, tres y seis meses, sin solución de continuidad, cumpliendo jornada diaria laboral de 8:00 a 12:00 y de 2:00 a 5:00 desempeñando las mismas funciones de un funcionario de planta.

Sostuvo que como funcionario supernumerario debía acogerse a la escala salarial más baja sin ningún tipo de compensación alguna, pese a desempeñar las mismas funciones de un funcionario de planta.

Alegó que la entidad utilizó de manera inmoderada la figura de supernumerario, desconociendo la necesidad de dicho empleo recubierto por la temporalidad del mismo, impidiendo que los supernumerarios gozaran de la estabilidad laboral.

### **Normas vulneradas y concepto de su violación.**

El actor considera infringidas con el acto demandado las siguientes normas:  
Constitucionales: Artículos 1, 13, 25, 28, 53 y 122.

Normas legales: Artículo 83 del Decreto 1042 de 1978, el artículo 22 del Decreto 1072 de 1999 y el artículo 27 de la ley 909 de 2004.



No precisa la parte actora cargos de nulidad en concreto frente a los actos acusados. Sin embargo, de la lectura al concepto de la violación se puede establecer lo siguiente:

Que la accionada infringió el artículo 83 del decreto 1042 de 1978<sup>2</sup>, y el artículo 22 del Decreto 1072 de 1999<sup>3</sup>, en cuanto que, si bien es cierto que el

---

<sup>2</sup> **Artículo 83°.-** De los supernumerarios. Para suplir las vacancias temporales de los empleados públicos en caso de licencias o vacaciones, podrá vincularse personal supernumerario.

También podrán vincularse supernumerarios para desarrollar actividades de carácter netamente transitorio.

En ningún caso la vinculación de un supernumerario excederá el término de tres meses, salvo autorización especial del gobierno cuando se trate de actividades que por su naturaleza requieran personal transitorio por períodos superiores.

La remuneración de los supernumerarios se fijará de acuerdo con las escalas de remuneración establecidas en el presente Decreto, según las funciones que deban desarrollarse.

Cuando la vinculación de personal supernumerario no exceda el término de tres meses, no habrá lugar al reconocimiento de prestaciones sociales. Sin embargo, las entidades deberán suministrar al personal supernumerario atención médica en caso de enfermedad o accidente de trabajo.

La vinculación de supernumerarios se hará mediante resolución administrativa, en la cual deberá constar expresamente el término durante el cual se prestarán los servicios y la asignación mensual que vaya a pagarse

<sup>3</sup> **ARTÍCULO 22. VINCULACIÓN DE PERSONAL SUPERNUMERARIO.** El personal supernumerario es aquel que se vincula con el fin de suplir o atender necesidades del servicio, para apoyar la lucha contra la evasión y el contrabando, para el ejercicio de actividades transitorias, y para vincular personas a procesos de selección dentro de los concursos abiertos cuando estos se realicen bajo la modalidad de concurso-curso. La resolución por medio de la cual se produzca esta modalidad de vinculación deberá establecer el término de duración. La asignación mensual se fijará de acuerdo a lo establecido en la nomenclatura y escala salarial vigente para la Entidad. Durante este tiempo, la persona así nombrada tendrá derecho a percibir las prestaciones sociales existentes para los servidores de la contribución. También se podrán vincular a la Entidad como personal supernumerario por un término no superior a seis (6) meses, estudiantes que, en virtud de convenios celebrados con instituciones de educación superior, debidamente reconocidos por el ICFES, o con el Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA-, deban ser vinculados para que realicen prácticas o pasantías que complementen su formación académica o adiestramiento, según sea el caso, o que hayan culminado estudios profesionales de Abogado o Contador y que requieran el desarrollo de actividades relacionadas con el ejercicio de su profesión, como requisitos para obtener al título correspondiente. La prestación del servicio por parte del personal supernumerario a que se refiere el inciso anterior, podrá realizarse a título gratuito y su jornada de trabajo podrá ser inferior a la ordinaria. Cuando la vinculación implique remuneración, podrá pactarse el pago de la asignación básica mensual que corresponda al menor grado del nivel auxiliar de la escala salarial de la entidad. No obstante la existencia del término de vinculación, el nominador por necesidades del servicio, podrá desvincular en cualquier momento el personal supernumerario a que se refiere el presente artículo.



origen que motivó la vinculación del actor pudo haber sido por la necesidad del servicio, también lo es que, convirtió la excepción del nombramiento en regla general, al proceder a la contratación de manera consecutiva desconociendo para efectos de remuneración, las prestaciones y beneficios que si reciben sus homólogos de planta de cargos.

Que en virtud del principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades, el actor al haber sido vinculado como supernumerario de manera consecutiva, sin interrupciones en el tiempo, desaparece su condición de temporalidad que le es determinante y esencial, convirtiéndose en un empleado de hecho y consecuentemente nace el derecho a percibir los salarios y demás emolumentos prestacionales de un empleado de planta.

## **2. OPOSICIÓN A LA DEMANDA.**

La Dirección de Impuesto y Aduanas Nacionales en ejercicio de su derecho de defensa sostuvo que, las funciones desarrolladas por el accionante en la entidad fueron transitorias y se realizaron por necesidad del servicio dentro del plan de lucha contra la evasión y el contrabando, tal como se desprende de los actos administrativos de vinculación.

Que la primacía de la realidad no fue cosa distinta que la norma de vinculación de supernumerario con las restricciones legales que la misma contiene, encontrándose ajustada dicha forma de vinculación a la Constitución y la Ley, por lo que, durante el tiempo que el actor ha estado vinculado con la



Dian como supernumerario, ha recibido la remuneración salarial estipulada para el cargo según su relación de vinculación y ha percibido todas las prestaciones sociales que la ley le otorga.

En cuanto a los incentivos por desempeño grupal, desempeño en fiscalización y cobranza y por desempeño nacional, el Decreto 1268 de 1999, establece que tales incentivos van dirigidos a funcionario que ocupen cargos en la planta de personal y los mismos tienen el carácter de empleo del sistema de carrera, por lo que, desde el punto de vista legal, existe diferencia entre la vinculación de un supernumerario y la provisión de un empleo de carrera, lo cual, no vulnera el principio de igualdad debido a las diferencias en la forma de vinculación.

### **3. SENTENCIA APELADA.**

El Tribunal Administrativo de Santander estableció como problema jurídico, determinar si el demandante vinculado a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN como Supernumerario, tiene derecho al reconocimiento y pago de una nivelación salarial con inclusión de todas y cada una de las prestaciones de las que gozan sus pares de planta, teniendo en cuenta los cargos que él desempeñó. Así mismo, deberá resolverse si el acto tiene derecho al reconocimiento y pago de los incentivos económicos establecidos para el personal de planta en la entidad.



Consideró el Aquo que, de las pruebas en el plenario se extrae que el señor Rene Julián Villamizar Ochoa, su vinculación como supernumerario desde 1999, esto es, por más de 11 años, desnaturaliza el objeto con el que fue creada esta figura, pues se distancia totalmente del carácter temporal o transitorio de la misma, desatendiendo los lineamiento expuesto por la Corte Constitucional en sentencia C-725 de 2000 que declaró inexequibles las facultades extraordinarias concedidas al Presidente de la República por el artículo 79, numeral 2 de la Ley 488 de 1998, en la relación con los funcionarios de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales para "establecer su régimen salarial y prestacional", así como las conferidas por el numeral 3 del mismo artículo 79 de la Ley 488 de 1998.

Estimó que las funciones o actividades asignadas al demandante no obedecían a necesidades del servicio extraordinario, sino se encontraban estrechamente relacionadas con el devenir ordinario de la entidad, destacando en cada cargo desempeñado.

Señaló que en la planta de personal de la entidad existen empleos con la misma denominación, nivel y grado a los desempeñados por el demandante en condición de supernumerario, por lo que, si existe similitud en las labores no hay motivo para que no la haya en cuanto a la remuneración y prestaciones, máximo, cuando fue desvirtuado el elemento temporal.

Concluyó que en aplicación de los principios constitucionales, con base en criterio de igualdad, justicia y protección de los derechos laborales, se



impone dar preponderancia a la naturaleza de la labor realizada sobre el vínculo formal del demandante con la Dian, siendo viable acceder a la pretensión de nivelación salarial en los periodos en que la remuneración del actor hubiese sido inferior a la de los empleados de planta. Igual criterio fue aplicado para el reconocimiento de los incentivos económicos, al considerar que tales beneficios no podrían limitarse solo a los empleados de planta de la entidad, ordenando se reconocieran los mismos siempre y cuando se corrobore en cada periodo a reconocer el cumplimiento de las metas y el ejercicio de las funciones que dan lugar al incentivo.

#### **4. DE LOS ARGUMENTOS DE LA APELACION.**

Cuestiona la parte demandada el fallo de primera instancia, básicamente, reiterando lo argüido en el escrito de contestación a la demanda en el sentido que, el actor fue vinculado como supernumerario y no a un cargo de planta de personal de la entidad. Que si bien el accionante fue vinculado como supernumerario por periodos de tiempo sucesivos, también es cierto que la misma no se efectuó mediante concurso público para acceder a un cargo de carrera en la Dian.

Que las funciones desarrolladas por el demandante en la entidad se realizaron por necesidad del servicio dentro del plan de lucha contra la evasión y el contrabando, por lo que no fue nombrado para ocupar un cargo con provisión definitiva.



Alegó que la naturaleza del cargo de supernumerario no corresponde al de servidor de la contribución que ocupa cargo de planta y esa naturaleza lo diferencia y por ello no tiene derecho al reconocimiento y pago de los incentivos previstos para el servidor de planta. Además, la norma no establece una limitación en el tiempo de vinculación de personal supernumerario, como si sucede con los estudiantes en prácticas o pasantías.

Sostuvo que, la norma de administración de personal no prevé que por el paso del tiempo una modalidad de vinculación se convierta en otra, es decir, no existe norma que indique que por el hecho que una persona permanezca vinculada a una entidad pública con la modalidad de supernumerario por un tiempo determinado, esta adquiera la condición de empleado de planta.

## **5. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.**

El Ministerio Público no rindió concepto en el presente asunto.

## **II. CONSIDERACIONES DE LA SALA.**

Atendiendo a los argumentos expuestos por la parte demandante, los motivos de oposición aducidos por la accionada y el material probatorio obrante en el expediente, la Sala decidirá el asunto sometido a su consideración, fijando para ello el siguiente:



## **6. Problema Jurídico.**

Corresponde a la Sala determinar si dadas las características de la relación laboral en condición de Supernumerario que ha sostenido el accionante con la entidad demandada, especialmente teniendo en cuenta el tiempo durante el cual se ha prolongado y las funciones desempeñadas, debe equipararse integralmente a la de un empleado que ocupa un cargo de planta de la Entidad. Superado lo anterior, deberá analizarse si el señor Rene Julián Villamizar es beneficiario (i) de la nivelación salarial con fundamento en el Decreto 618 de 2006 y subsiguientes, pese a que por expresa disposición legal solo es aplicable a empleos permanentes y de tiempo completo; y, (ii) de los incentivos por desempeño grupal, desempeño en fiscalización y cobranzas, y desempeño nacional, aunque, de conformidad con lo estatuido en los artículos 5º, 6º y 7º del Decreto 1268 de 1999, se conceden exclusivamente al personal que desempeña un cargo de la planta.

Teniendo en cuenta las cuestiones jurídicas objeto de discusión en esta oportunidad, la Sala abordará los siguientes aspectos: (i) Régimen legal de los supernumerarios de la DIAN; (ii) De los incentivos por desempeño grupal, desempeño en fiscalización y cobranzas, y desempeño nacional; y, (iii) Caso en concreto.

### **i. Régimen legal de los supernumerarios de la DIAN<sup>4</sup>.-**

---

<sup>4</sup> Este marco normativo ha sido objeto de reiteración en múltiples ocasiones por esta Corporación, evidenciándose que no hay diferencias sustanciales relevantes en su entendimiento. Al respecto ver, entre otras, las sentencias: (i)



De acuerdo con el artículo 1° del Decreto 1071 de 1999<sup>5</sup>, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales se encuentra organizada como una Unidad Administrativa Especial del orden Nacional, de carácter técnico y especializado; con personería jurídica, autonomía administrativa y presupuestal, y patrimonio propio; y, adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, lo que indica que su objeto debe cumplirse conforme a los lineamientos de política fiscal delineados por el Ministro del ramo. Igualmente, tiene sistemas especiales de administración de personal, nomenclatura y clasificación de planta, y carrera administrativa.

Ahora bien, la posibilidad con la que cuenta la Administración para vincular personal Supernumerario deviene directamente de la Constitución Política, cuando estableció en su artículo 125 que, por regla general, los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, a excepción de los de elección popular, libre nombramiento y remoción, trabajadores oficiales y demás que determine la Ley; categoría última dentro de la cual pueden ubicarse los supernumerarios.

Esta clase fue prevista ya por el Decreto Extraordinario 1042 de 1978, que

---

Sección Segunda – Subsección A, de 12 de mayo de 2014, radicado interno No. 1940-2013, actor: Wilfrido Martínez Terán, C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; (ii) Sección Segunda – Subsección B, de 15 de agosto de 2013, radicado interno No. 1693-2012, actor: Jesús Alberto Herrera Prieto, C.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve; (iii) Sección Segunda – Subsección A, de 17 de abril de 2013, radicado interno No. 2155-2012, actora: María Lida Bustos Basabe, C.P. Dr. Alfonso Vargas Rincón; y, (iv) Sección Segunda- Subsección B, de 7 de febrero de 2013, radicado interno No. 1692-2012, actor: Mauricio Alexander Parada Contreras, C.P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

<sup>5</sup> “Por el cual se organiza la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales como una entidad con personería Jurídica, autonomía administrativa y presupuestal y se dictan otras disposiciones”.



estableció el sistema de nomenclatura y clasificación, y fijó las correspondientes escalas de remuneración de los empleos, entre otros<sup>6</sup>, de las Unidades Administrativas Especiales.

Al respecto, en su artículo 83 previó que:

“Para suplir las vacancias temporales de los empleados públicos en caso de licencias o vacaciones, podrá vincularse personal supernumerario.

También podrán vincularse supernumerarios para desarrollar actividades de carácter netamente transitorio.

En ningún caso la vinculación de un supernumerario excederá el término de tres meses, salvo autorización especial del gobierno cuanto se trate de actividades que por su naturaleza requieran personal transitorio por períodos superiores.

La remuneración de los supernumerarios se fijará de acuerdo con las escalas de remuneración establecidas en el presente Decreto, según las funciones que deban desarrollarse.

Cuando la vinculación de personal supernumerario no exceda el término de tres meses, no habrá lugar al reconocimiento de prestaciones sociales. Sin embargo, las entidades deberán suministrar al personal supernumerario atención médica en caso de enfermedad o accidente de trabajo.

La vinculación de supernumerarios se hará mediante resolución administrativa, en la cual deberá constar expresamente el término durante el cual se prestarán los servicios y la asignación mensual que vaya a pagarse.

La citada disposición fue objeto de análisis de exequibilidad por parte de la Corte Constitucional en la Sentencia C-401 de 1998, ocasión en la que consideró que no se ajustaba a la Carta de 1991 la posibilidad de que los supernumerarios vinculados por un término inferior a 3 meses no devengaran prestaciones sociales. Aunado a lo anterior, precisó que no se

---

<sup>6</sup> Además de los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos Públicos.



analizaría el enunciado relacionado con el deber de prestar servicios de salud en caso de enfermedad o accidente de trabajo, al estimar que ese aparte quedó derogado como consecuencia de la entrada en vigencia del artículo 161 de la Ley 100 de 1993 y con ello la obligación del empleador de afiliar a sus trabajadores al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Bajo el referido marco, aplicable en general para la Rama Ejecutiva del orden nacional, se concluye que se puede acudir a la figura del Supernumerario en dos eventos: **uno**, para suplir las vacancias temporales de los empleados públicos en caso de licencias o vacaciones, y **dos**, para desarrollar actividades de carácter netamente transitorio<sup>7</sup>. En la referida disposición, además, se restringió el término para acudir a esta forma de vinculación a tres (3) meses, salvo autorización especial del Gobierno cuando quiera que la actividad transitoria así lo exigiera.

Ahora bien, en lo que respecta a la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos Nacionales, el Decreto 1647 de 1991, *“Por el cual se establece el régimen de personal, la carrera tributaria, el régimen prestacional de los funcionarios de la Dirección de Impuestos Nacionales, se crea el fondo de cuestión tributaria y se dictan otras disposiciones”*; en su artículo 14, estipuló la posibilidad de vincular personal Supernumerario, de la siguiente manera:

---

<sup>7</sup> En este sentido el Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil, en Concepto de 11 de septiembre de 1980, Radicado 1441, C.P. Dr. Osvaldo Abello Noguera, manifestó lo siguiente: *“(...) 2º. Como se vio en el punto primero de estas conclusiones, los supernumerarios se vinculan para suplir dos clases de necesidades, como son llenar vacancias temporales de empleados públicos en licencia o vacaciones o desarrollar actividades de carácter netamente transitorio. (...)”*.



“(…) Para suplir las necesidades del servicio podrá vincularse personal supernumerario que desarrolle actividades de carácter transitorio. En ningún caso, la vinculación excederá de seis (6) meses, salvo autorización especial del Ministro de Hacienda y Crédito Público, cuando se trate de actividades a ejecutarse en un período superior a dicho término.

Cuando la vinculación de este personal no exceda de seis (6) meses, no habrá lugar al reconocimiento de prestaciones sociales; sin embargo, la Dirección de Impuestos Nacionales deberá suministrar la atención médica en caso de enfermedad o accidente de trabajo.

Su vinculación se hará mediante resolución y allí se dejará constancia del término de duración de la prestación de los servicios y la asignación mensual (…)

Por su parte, el Decreto 1648 de 1991<sup>8</sup>, en relación con los funcionarios de la Dirección General de Aduanas, también se refirió a la figura del Supernumerario, en su artículo 14, así:

“(…) Sin perjuicio de las disposiciones vigentes, podrá vincularse personal supernumerario para suplir las vacantes temporales de los funcionarios aduaneros o para desarrollar actividades de carácter transitorio.

La vinculación de este personal no dará lugar al reconocimiento de prestaciones sociales, sin embargo, se deberá suministrar la atención médica requerida en caso de enfermedad o accidente de trabajo.

Su vinculación se hará mediante resolución, proferida por la autoridad competente y allí se dejará constancia del término de duración de la prestación de los servicios y la asignación mensual, la cual se fijará de acuerdo con la escala de remuneración establecida para los funcionarios aduaneros, según las funciones que deban desarrollarse.

Los supernumerarios al tomar posesión del cargo, quedan investidos de las facultades, obligaciones, prohibiciones e inhabilidades que corresponden a los funcionarios aduaneros, para desempeñar las actividades para las cuales han sido nombrados y sujetos al régimen disciplinario establecido en la Dirección General de Aduanas (…)

---

<sup>8</sup> Decreto 1648 de 1991 *“Por el cual se establece el régimen de personal, la carrera aduanera, el régimen prestacional de los funcionarios de la Dirección General de Aduanas, se crea el fondo de gestión aduanera y se dictan otras disposiciones”.*



Ahora bien, mediante el Decreto 2117 de 1992 se fusionó en la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales a la *Unidad Administrativa Especial de Impuestos* y a la *Unidad Administrativa Especial de Aduanas*. En su artículo 112 dispuso que el régimen de personal, la carrera administrativa especial, el sistema de planta y el régimen prestacional de sus funcionarios sería el establecido en el Decreto Ley 1647 de 1991 y el artículo 106 de la Ley 6ª de 1992. Asimismo, se precisó que la vinculación, permanencia y retiro de los supernumerarios se regiría por los mandatos del artículo 14 del Decreto 1648 de 1991.

Posteriormente, el Decreto 1693 de 1997, "*Por el cual se separa funcionalmente la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales*", advirtió en su artículo 29 que la vinculación, permanencia y retiro del personal Supernumerario se sujetaría a lo dispuesto en el artículo 14 del Decreto 1648 de 1991, en concordancia con la Ley 223 de 1995.

Esta última normativa, por la cual se expiden normas sobre racionalización tributaria y se dictan otras disposiciones, estableció en su artículo 154 la posibilidad de vincular personal Supernumerario en el Plan de Choque contra la Evasión Fiscal, en los siguientes términos:

"(...)

*El Gobierno propondrá al Congreso de la República en el proyecto de ley de presupuesto, una apropiación específica denominada "Financiación Plan Anual*



*Antievasión" por una cuantía equivalente a no menos del 10% del monto del recaudo esperado por dicho plan. Estos recursos adicionales de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, serán clasificados como inversión.*

***Con estos recursos, la administración tributaria podrá contratar supernumerarios, ampliar la planta y reclasificar internamente sus funcionarios. Igualmente se podrán destinar los recursos adicionales a la capacitación, compra de equipo, sistematización, programas de cómputo y en general todos los gastos necesarios para poder cumplir cabalmente con lo estatuido en el presente capítulo. Para 1996 el gobierno propondrá la modificación presupuestal, según fuera del caso, para dar cumplimiento a lo establecido en la presente ley.*** (Negrilla fuera de texto).

De otro lado, el Decreto 1072 de 1999, *"Por el cual se establece el Sistema Específico de Carrera de los servidores públicos de la contribución y se crea el programa de promoción e incentivos al desempeño de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN"*; en su artículo 22, en relación con la vinculación del personal Supernumerario, estableció:

*"(...)*

*El personal supernumerario es aquel que se vincula con el fin de suplir o atender necesidades del servicio, para apoyar la lucha contra la evasión y el contrabando, para el ejercicio de actividades transitorias, y para vincular personas a procesos de selección dentro de los concursos abiertos cuando estos se realicen bajo la modalidad de concurso - curso.*

*La resolución por medio de la cual se produzca esta modalidad de vinculación deberá establecer el término de duración. La asignación mensual se fijará de acuerdo a lo establecido en la nomenclatura y escala salarial vigente para la Entidad. Durante este tiempo, la persona así nombrada tendrá derecho a percibir las prestaciones sociales existentes para los servidores de la contribución.*

*...*

*No obstante la existencia del término de vinculación, el nominador por necesidades del servicio, podrá desvincular en cualquier momento el personal supernumerario a que se refiere el presente artículo*

*(...)"*.

De acuerdo con el precitado artículo, el personal Supernumerario es aquel



que se vincula con el fin de suplir o atender necesidades del servicio, para apoyar la lucha contra la evasión y el contrabando, para el ejercicio de actividades transitorias y para adscribir personal a concursos abiertos bajo la modalidad de concurso-curso. Dicho personal ostenta el derecho a percibir prestaciones sociales por el tiempo de labores y puede ser desvinculado en cualquier momento por el nominador. Este tipo de relación, además, permite hacer prácticos los principios de eficacia y celeridad administrativa, impidiendo la paralización del servicio.

Este enunciado fue declarado exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-725 de 21 de junio de 2000, M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra, bajo el entendido de que cuando se trate de personal supernumerario, su vinculación requiere *“(...) una previa delimitación de esta planta de personal, el señalamiento de las actividades que siempre deben corresponder a necesidades extraordinarias, el tiempo de la vinculación transitoria, y la previa apropiación y disponibilidad presupuestal de sus salarios y prestaciones sociales (...)”*.

**ii. De los incentivos por desempeño grupal, desempeño en fiscalización y cobranzas, y desempeño nacional.-**

Los artículos 5°, 6° y 7° del Decreto 1268 de 1999 establecieron los incentivos al desempeño en fiscalización y cobranzas, desempeño grupal y desempeño Nacional en los siguientes términos:



“Artículo 5°. Incentivo por Desempeño Grupal. Los servidores de la contribución que ocupen **cargos de la planta de personal** de la entidad, que como resultado de su gestión hayan logrado las metas tributarias, aduaneras y cambiarias que se establezcan de acuerdo con los planes y objetivos trazados para la respectiva área nacional, regional, local y delegada, tendrán derecho al reconocimiento mensual de un incentivo que no podrá exceder del cincuenta por ciento (50%) de la asignación básica mensual más la prima de dirección y la diferencia remuneratoria por designación de jefatura que se devengue. Este incentivo no constituirá factor salarial para ningún efecto legal y se determinará con base en la evaluación de la gestión que se realice cada seis meses.

PARÁGRAFO. Para la vigencia de 1999 continuará rigiendo lo estipulado en el artículo 4° del Decreto 046 de 1999 en el sentido que el porcentaje allí establecido se entenderá que se refiere al incentivo por desempeño grupal de que trata el presente artículo y las demás normas que lo adicionen o modifiquen.

Artículo 6°. Incentivos al desempeño en fiscalización y cobranzas. Los servidores de la contribución que ocupen **cargos de la planta de personal** de la entidad, que se desempeñen en puestos que impliquen el ejercicio directo de labores ejecutoras en fiscalización y cobranzas, que como resultado de la gestión de control y cobro hayan logrado las metas establecidas de acuerdo con los planes y objetivos trazados para dichas áreas, tendrán derecho al pago mensual de un incentivo, adicional al contemplado en el artículo anterior, que no podrá exceder el cincuenta por ciento (50%) de la asignación básica mensual más la prima de dirección y la diferencia remuneratoria por designación de jefatura que se devengue.

Este incentivo no constituirá factor salarial para ningún efecto legal y se determinará con base en la evaluación de la gestión que se realice cada seis meses.

PARÁGRAFO. Para efectos de lo dispuesto en el presente artículo, las labores ejecutoras de fiscalización comprende, igualmente, las labores ejecutoras de liquidación.

Artículo 7°. Incentivo por desempeño nacional. Es la retribución económica que se reconoce a los servidores de la contribución, que ocupen **cargos de la planta de personal** de la entidad, referida al desempeño colectivo de los servidores de la contribución y relacionada con el cumplimiento de las metas de recaudo nacionales. Este incentivo se causará por períodos semestrales y dará derecho al reconocimiento de un pago correspondiente a dicho período, el cual podrá ser hasta del ciento cincuenta por ciento (150%) del salario mensual que se devengue.

Este incentivo no constituirá factor salarial para ningún efecto legal.”.



De la lectura de los referidos enunciados normativos se puede concluir que: (i) como destinatarios directos están los funcionarios que ocupan un cargo de la planta de personal de la entidad, servidores de la contribución; (ii) su reconocimiento depende del cumplimiento de las metas fijadas por la Administración; (iii) en el caso del incentivo por desempeño grupal, se hace referencia a las metas tributarias, aduaneras y cambiarias; (iv) para el incentivo al desempeño en fiscalización y cobranzas, se requiere ejercer una función relacionada con una cualquiera de las dos áreas, y que como consecuencia de su gestión de control y cobro contribuyan al cumplimiento de metas de la Entidad; (v) el incentivo por desempeño nacional va ligado al cumplimiento de las metas de recaudo en el país; y, (vi) finalmente, se destaca que esos beneficios no ostentan la naturaleza de factor salarial.

### **iii. Caso en concreto.**

#### ***Vinculación.-***

De la certificación laboral visible a folio 8 del expediente, calendada el 16 de noviembre de 2011 y la copia de la historia laboral allegada por la DIAN, se evidencia que el señor Rene Julián Villamizar Ochoa se vinculó desde el 07 de septiembre de 1999, como supernumerario, a la Unidad Administrativa Especial - Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, en los siguientes términos:

<b>Acto</b>	<b>Periodo</b>	<b>Cargo</b>	<b>Posesión</b>
Resoluciones Nos.000002 RP 010432	03 de enero de 2011 al 02 de enero de 2012	<b>Gestor I 301-01</b>	03/01/2011( Fl. 574 C/ Pruebas)
	Según acta de posesión y ubicación: <b>División de Gestión Jurídica.</b>		
Resoluciones 002, RP6265, RP 7383, RP 8705, RP. 10098 Y RP. 10293	04 de enero de 2010 al 31 de diciembre de 2010	<b>Gestor I 301-01</b>	04/01/2010 475 al 586 (C/ de pruebas)
	Según acta de posesión y ubicación: i. <b>Dirección Seccional de Impuestos y Aduana de Bucaramanga.</b> ii. <b>División de Gestión de la Operación Aduanera.</b>		
Resoluciones 001, RP. 6850 Y RP 12909	02 de enero de 2009 hasta el 31 de diciembre de 2009	<b>Facilitador III Código 103 grado 03</b>	<b>02/01/2009</b> (fl. 438 C/ de Pruebas)
	Según acta de posesión y ubicación: División de Gestión de Fiscalización.		
Resoluciones Nos. 01, RP 2058, RP. 3866, RP.5727 RP.6988, RP. 10576 Y RP. 207.	02 de enero de 2008 al 31 de diciembre de 2008	<b>Auxiliar III Nivel 12- Grado 08</b>	02 de enero de 2008
	Según acta de posesión y ubicación: División de Fiscalización Tributaria y Aduanera - Seccional Bucaramanga (fl. 356)		
Resoluciones No 0001, y RP. 7508	02 de enero de 2007 al 31 de diciembre de 2007	<b>Auxiliar III Nivel 12- Grado 08</b>	02 de enero de 2007
	Según acta de posesión y ubicación: División de Documentación- Notificaciones y correspondencia. (fl. 307)		

Resoluciones Nos.11346 y RP. 8351	01 de diciembre de 2005 al 31 de diciembre de 2006	<b>Auxiliar III Nivel 12- Grado 08</b>	01 de diciembre de 2005 (fl. 278)
	Según acta de posesión y ubicación: División de Documentación- Notificaciones y correspondencia. (fl. 278)		
Resoluciones Nos.002, RP.5535 Y RP. 8917	24 de enero de 2005 al 30 de noviembre de 2005	<b>Auxiliar III Nivel 12- Grado 08</b>	24 de enero de 2005 (fl. 236)
	Según acta de posesión y ubicación: División de Documentación- Notificaciones y correspondencia. (fl. 236)		
Resoluciones 0144 y RP. 8917	16 de enero de 2004 hasta 31 de diciembre de 2004	<b>Auxiliar III Nivel 12- Grado 08</b>	16 de enero de 2004
	Según acta de posesión y ubicación: División de Documentación- Notificaciones y correspondencia. (fl. 179)		
Resoluciones 293, RP05287 Y RP9692	23 de enero de 2003 al 31 de diciembre de 2003	<b>Auxiliar III Nivel 12- Grado 08</b>	23 de enero de 2003
	Según acta de posesión y ubicación: División de Documentación- Notificaciones y correspondencia. (fl. 126)		
Resoluciones Nos 056, RP.6094 Y RP. 11488	9 de enero de 2002 al 31 de diciembre de 2002	<b>Auxiliar III Nivel 12- Grado 08</b>	9 de enero de 2002
	Según acta de posesión y ubicación: División de liquidación. (fl. 93)		

Resoluciones Nos.291, RP. 5218 Y 9521	18 de enero de 2001 hasta 31 de diciembre de 2001	<b>Auxiliar III Nivel 12- Grado 08</b>	18 de enero de 2001
	Según acta de posesión y ubicación: División de liquidación. (fl. 68)		
Resoluciones Nos. 578. RP. 6966 Y RP. 8806	03 de febrero de 2000 hasta 31 de diciembre de 2000	<b>Auxiliar III Nivel 12- Grado 08</b>	03 de febrero de 2000
	Según acta de posesión y ubicación: <b>División de liquidación</b> (fl. 44 )		
Resolución No. 610	07 de septiembre de 1999 hasta 31 de diciembre de 1999	<b>Auxiliar III Nivel 12- Grado 08</b>	07 de septiembre de 1999
	Según acta de posesión y ubicación: <b>División de cobranza</b> (fl. 28)		

De los actos de nombramiento y/o prórroga expusieron como propósito atender necesidades del servicio y citaron el artículo 154 de la Ley 223 de 1995, relacionado con el plan de lucha contra la evasión y el contrabando.

Dentro del acervo probatorio reposan, además, copias de actos administrativos a través de los cuales anualmente se le concedió el auxilio de



cesantía al actor<sup>9</sup>, otros por los cuales se reconoció la indemnización por vacaciones o se le concedió el descanso legal<sup>10</sup>; y, finalmente, de aquellos por los que fue evaluada durante su vinculación, destacándose que en los formularios la calificación se titulaba como si fuera hecha a personal de libre nombramiento y remoción.

#### **Carga funcional asignada al accionante.-**

De conformidad con lo sostenido en la certificación suscrita por la Subdirectora de Gestión de Personal de la DIAN, calendada el 11 de diciembre de 2011 y que reposa a los folios 8 al 13 del expediente, los supernumerarios no se nombran en un cargo de planta de la Entidad, por lo que sus actividades y/o tareas son comunicadas a través del jefe inmediato.

En la misma certificación se afirmó que el actor durante el tiempo que permaneció vinculado en su condición de supernumerario, desarrolló las siguientes actividades:

Periodo 2010-

- ✓ Receptar, radicar, recolectar y verificar los documentos relacionados con la formulación de las denuncias penales que le sean asignadas.
- ✓ Analizar la procedencia de la denuncia y solicitar la información requerida para sustentar la misma.

---

<sup>9</sup> Actos administrativos de reconocimiento de cesantías anuales obrantes a fl.127, 178, 233, 237, 287

<sup>10</sup> Fls. 83, 192, 293 entre otros.



- ✓ Constituirse en parte civil y/o presentar el incidente de reparación integral en los procesos que le sean asignados
- ✓ Representar a la Dirección de Impuesto y Aduanas Nacionales según las delegaciones que le sean conferidas ante las autoridades judiciales y administrativas en los procesos que se surtan en materia tributaria, aduanera, cambiaria, administrativa, civil, laboral, disciplinaria, contractual, con el fin de defender los intereses de la Nación- Dian.
- ✓ Participar en los comités jurídicos con el fin de mantener la unidad doctrinal
- Periodos 2008 y 2009
- ✓ Realizar las acciones de control de Fiscalización aduanera en zonas secundarias consideradas establecimientos comerciales no abiertos al público y demás lugares en donde se almacene o depositen mercancías que infrinjan el régimen de aduanas, siempre y cuando su control no esté atribuido a otra dependencia.
- ✓ Adoptar las medidas cautelares tales como aprehensión, inmovilización o custodia sobre las mercancías que infrinjan el régimen aduanero.
- ✓ Efectuar el reconocimiento y avalúo de las mercancías aprehendidas, suscribir el documento de ingreso de mercancías al depósito para su almacenamiento y remitir la copia correspondiente.
- ✓ Suscribir el Acta de aprehensión, reconocimiento, avalúo y decomiso directo, respecto de las acciones de control que competen a la División de Gestión de Fiscalización.
- Periodo 2007
- ✓ Participar en operativos en establecimiento de comercio, de carretera, puertos y aeropuertos
- ✓ Realizar las Aprehensiones a que haya lugar
- ✓ Verificar la legalidad de los documentos aportados
- ✓ Denunciar los ilícitos que con ocasión de los procedimientos se evidencien
- ✓ Realizar visita a los depósitos con el fin de inspeccionar mercancía con perfil de alto riesgo y que haya sido objeto de levante automático
- ✓ Ejecutar órdenes de registro expedidos por el Subdirector de Fiscalización aduanera y/o administrador, a los establecimientos de comercio, con apoyo de la policía fiscal aduanera.
- ✓ Desempeñar las demás funciones que le sean asignadas por el superior inmediato.



Periodo 1999-2005

- ✓ Recibir, verificar, criticar y radicar los actos administrativos a notificar
- ✓ Realiza todos los actos necesarios para surtir la notificación en forma manual
- ✓ Notificar los actos administrativos proferido por la entidad
- ✓ Archivar los actos administrativos notificados
- ✓ Atender los requerimientos de los usuarios
- ✓ Las demás actividades que le asigne el jefe inmediato
- ✓

### **Solución del asunto.-**

El 19 de diciembre de 2011, el Sr. Rene Julián Villamizar Ochoa a través de apoderado hizo petición a la DIAN solicitando, de una parte, nivelación salarial con su par de planta de personal en aplicación del Decreto 618 de 2006 y siguientes y, de la otra, el reconocimiento y pago de los incentivos de desempeño grupal, en fiscalización y cobranzas, y por desempeño nacional, contemplados en los artículos 5, 6 y 7 del Decreto 1268 de 1999.

La Dirección de Impuesto y Aduanas Nacionales resolvió negativamente la anterior petición por medio del oficio No 000040 de enero 13 de 2012, confirmándola mediante la Resolución No 001737 del 08 de marzo de 2012, que resolvió el recurso de reposición objeto de censura.

Lo primero que debe resaltar la Sala es que conforme el marco jurídico esbozado queda establecido que -por regla general- los empleos de la planta de personal de la DIAN tienen el carácter de empleos del sistema específico de carrera, lo que no obsta para que existan empleos de libre nombramiento



y remoción, al igual que personal supernumerario que se halla vinculado a través de una relación legal y reglamentaria.

Ahora bien, tal como lo indican las disposiciones aplicables, la figura del supernumerario en el ámbito de la DIAN opera en varios supuestos, uno de los cuales tiene relación con el artículo 154 de la Ley 223 de 1995 de lucha contra la evasión y el contrabando, razones del servicio que de manera clara fueron explicitadas en cada uno de los actos que a partir del 1999 y hasta el 2011, por lo menos.

Igualmente queda despejado que el personal supernumerario de la entidad demandada, según se deriva del artículo 22 del Decreto 1072 de 1999, puede ser vinculado para: **i)** suplir o atender las necesidades del servicio, **ii)** apoyar la lucha contra la evasión y el contrabando, **iii)** el ejercicio de actividades transitorias, o **iv)** para vincular personas a procesos de selección dentro de los concursos abiertos cuando estos se realicen bajo la modalidad del concurso-curso.

La existencia de las condiciones necesarias y suficientes para el ejercicio de su profesión en el marco de una relación legal y reglamentaria, pero ajena a la de la carrera administrativa, determina que el mero transcurso del tiempo no permite la mutación de la naturaleza de la relación laboral del interesado, dado que mientras persistieron las necesidades del servicio y bajo la regulación legal hasta ese momento vigente fue imperioso para la Entidad contar con personal de apoyo para el ejercicio de las funciones ya referidas.



Aunado a lo anterior, es oportuno afirmar que al proceso se allegó prueba que indica las funciones que desempeñó el interesado, en su condición de supernumerario, en los cargos de Auxiliar III Nivel 12- Grado 08, facilitador III Código 103 grado 03 y Gestor I 301-01, funciones que podrían ser similares a los que desarrollan los funcionarios de planta, pero ello *per se* no pueden llevar a acceder a las súplicas de la demanda, dado que legalmente no existe impedimento para que esa situación se configure, de hecho, los supuestos considerados por la norma para el ingreso de tal personal no difiere del curso normal de las actividades de la Entidad, como lo es el relacionado con el plan de lucha contra la evasión y el contrabando, por lo que es evidente que el personal supernumerario realiza tareas afines con las del personal que ostenta una vinculación en planta.

A lo afirmado se agrega que, contrario a lo expuesto por el demandante, no hay elementos probatorios que permitan aseverar que en el tiempo de su relación como supernumerario haya sido calificado con fundamento en parámetros similares a los de la planta de personal, pues: (i) en la mayoría de formatos se establecía expresamente que era como en condición de libre nombramiento y remoción<sup>11</sup>; y, (ii) tampoco hay constancia del *modus operandi* en relación con un funcionario de planta que desempeñara sus mismas actividades.

---

<sup>11</sup> Ver folios 245 y 246, 274 al 277 del cuaderno de pruebas.



Por lo expuesto, no es de recibo en el escenario construido por las partes en conflicto, acudir a principios tales como la “*prevalencia de la realidad sobre las formas*” y “*a trabajo igual, salario igual*”, pues aunque esta Subsección no ha dudado de su aplicación inmediata en asuntos en los que se encuentran cumplidos los supuestos para ello, en este caso debe darse prevalencia a aquella relación que formalmente se estableció con la Administración, cuya constitucionalidad y legalidad ha sido avalada tanto por la Corte Constitucional como por esta Corporación, y en condiciones en las que se verifica que a esa figura se ha acudido cumpliendo con los parámetros normativos.

En similares términos a los expuestos anteriormente, el Consejo de Estado - Sección Segunda - Subsección B, en providencia de 15 de agosto de 2013<sup>12</sup>, se esgrimió lo siguiente:

*“(…)En este orden de ideas, no resulta procedente dar aplicación al principio de primacía de la realidad sobre las formalidades invocado por el demandante, pues si bien es cierto, su nombramiento como Supernumerario, se produjo por parte de la Entidad demandada en diversas oportunidades, mediante sucesivos actos administrativos de nombramiento y prórroga del mismo, y desempeñó funciones administrativas directamente relacionadas con el objeto y la naturaleza de la U.A.E. DIAN, lo cierto es que su vínculo con la Administración, como se infiere de las pruebas relacionadas, implicó la ejecución de funciones de carácter transitorio, que obedecían a las necesidades del servicio, y al plan de lucha contra la evasión y el contrabando, de manera que, el término de duración de la vinculación, por periodos sucesivos, no resultaba suficiente para desvirtuar la modalidad de vinculación del actor al servicio de la DIAN. Adicionalmente, resulta útil precisar que, el reglamento especial adoptado por la entidad, permite que dicha vinculación se dé no sólo para desarrollar actividades transitorias, sino también de apoyo a la lucha contra la evasión y el contrabando, actividades que fueron desarrolladas por el demandante, durante el tiempo de vinculación con la DIAN, pues de ello da cuenta la certificación*

---

<sup>12</sup> Radicado interno No. 1693-2012, C.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve.



*allegada a folio 141. De otra parte, no advierte la Sala que dichas actividades sean incompatibles con lo establecido en la normatividad que autoriza la vinculación de supernumerarios, de modo que el desempeño de las mismas no es suficiente para desvirtuar el tipo de vinculación con el servicio público. (...)*

En idéntico sentido, en la Sentencia de esta Corporación - Sección Segunda - Subsección A, de 12 de mayo de 2014<sup>13</sup>, se precisó lo siguiente:

*(...)*

*Para esta Sala no existe duda que el hecho de estar vinculado como supernumerario, no para ejercer actividades transitorias, sino por necesidades del servicio y para el apoyo de la lucha contra la evasión y el contrabando, implica que es ajustado a derecho que su vinculación pueda extenderse en tanto exista la necesidad y el motivo, sin que ello -en sí mismo- desdibuje la temporalidad que caracteriza esta modalidad de vinculación, de ahí que el simple paso del tiempo no tenga la virtud de mutar su forma de vinculación, como lo busca en su demanda el actor, ni mucho menos -amparado en el artículo 53 Superior como lo hace el a quo-, estimar que su condición debe ser la de un funcionario de planta. (...)*

Así, bajo el régimen propio de los supernumerarios, no se demostró que la DIAN haya lesionado los derechos salariales y prestacionales a los que tiene el demandante, dado que su asignación salarial fue determinada por las estipulaciones expedidas por la autoridad competente, y existe prueba del reconocimiento, entre otros conceptos, incapacidades médicas<sup>14</sup>, de cesantías anuales<sup>15</sup> y vacaciones.

Tampoco es dable acceder a la nivelación salarial con fundamento en el Decreto 618 de 2006 y siguientes, dado que: (i) en ese mismo cuerpo

---

<sup>13</sup> Radicado interno No. 1940-2013, C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

<sup>14</sup> Ver fl. 241 al 244-

<sup>15</sup> Actos administrativos de reconocimiento de cesantías anuales obrantes a fl.127, 178, 233, 237, 287



normativo se estableció que su campo de aplicación estaba restringido a los empleos de carácter permanente y tiempo completo, situación que no se configuraba en el caso del accionante; y, (ii) de otro lado, no se definió en este proceso que materialmente la relación del señor Rene Villamizar Ochoa se haya desnaturalizado, por lo que las distinciones previstas por las autoridades competentes, en este caso el Ejecutivo, no tienen la virtualidad de afectar el derecho a la igualdad, pues los supuestos en comparación no son equiparables.

Sobre este preciso tópico advierte la Sala que si bien en otras oportunidades, de manera aislada, se concedió la nivelación reclamada en providencias que se profirieron por la Subsección B - Sección Segunda de esta Corporación<sup>16</sup>, también lo es que, tal postura no resulta posible sostenerla, pues, se insiste en el hecho de que fue la autoridad competente para la fijación de la remuneración anual quien estableció que ese régimen solo era aplicable a los empleados de planta, por lo que mientras estuvo vigente una norma en tal

---

<sup>16</sup> Concretamente en decisión de 31 de mayo de 2012, con ponencia del Doctor Víctor Hernando Alvarado Ardila<sup>16</sup>, se consideró lo siguiente: “(...)

*Ahora bien, de conformidad con el artículo 6° del aludido Decreto, el mismo comenzó a regir a partir de su publicación, esto es, el 28 de febrero de 2006, por lo cual se concluye que como la vinculación de la demandante era objeto de múltiples prórrogas y nuevas vinculaciones, se le debió aplicar la normatividad vigente para ese momento. Además, en el expediente no obra prueba que demuestre que a la interesada se le diera la oportunidad de acogerse a la nueva normativa, por el contrario la entidad en el trámite procesal ha afirmado que la accionante debía seguirse rigiendo por las normas anteriores a la expedición del Decreto 618 de 2006, pues éste último sólo era aplicable a los funcionarios de planta; sin embargo, esta afirmación resulta desacertada, pues en realidad tanto la anterior como la nueva normatividad regulan las asignaciones de los cargos de planta, cosa distinta es que para efectos de determinar la asignación básica del personal vinculado como supernumerario se deba acudir a la escala vigente para el homólogo de planta.  
(...)”.*



sentido no es dable a la Sala sustituir la voluntad del Ejecutivo, en un caso en el que, se insiste, las situaciones en comparación no son similares y por tanto, no se encuentra la lesión de derecho laboral alguno, postura ésta que había sido expuesta en ocasiones anteriores.<sup>17</sup>

Finalmente, ante la falta de prueba en relación con una presunta mutación del vínculo laboral, tampoco es procedente reconocer los incentivos reclamados, pues las normas son claras al preceptuar que solo se reconocen a una determinada categoría de empleados.

Por tal motivo, en eventos en los cuales las reglas previstas en el ordenamiento jurídico resultan inequívocas y no hay motivos para cuestionar su aplicación en el caso, se verifica una razón de acción para el juez, que debe guiar su decisión. Y ese es el caso que se presenta ante el reconocimiento de los incentivos por desempeño que se reclaman, pues el primero de los requisitos que se exige para su otorgamiento, es desempeñar un cargo de la planta y ello no se acreditó por parte del señor Rene Villamizar Ochoa.

---

<sup>17</sup> Ver providencias del Consejo de Estado: (i) Sección Segunda - Subsección A, de 12 de mayo de 2014, radicado interno No. 1940-2013, actor: Wilfrido Martínez Terán, C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; (ii) Sección Segunda – Subsección B, de 15 de agosto de 2013, radicado interno No. 1693-2012, actor: Jesús Alberto Herrera Prieto, C.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve; (iii) Sección Segunda – Subsección A, de 17 de abril de 2013, radicado interno No. 2155-2012, actora: María Lida Bustos Basabe, C.P. Dr. Alfonso Vargas Rincón; y, (iv) Sección Segunda- Subsección B, de 7 de febrero de 2013, radicado interno No. 1692-2012, actor: Mauricio Alexander Parada Contreras, C.P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez.



En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B” administrando justicia en nombre de la República, y por autoridad de la ley,

### **FALLA**

**PRIMERO.- REVOCAR** la Sentencia de 17 de octubre de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, que accedió a las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho ejercida por el señor Rene Julian Villamizar Ochoa contra la Unidad Administrativa Especial - Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. En su lugar:

**SEGUNDO.- NEGAR** las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por el señor Rene Julián Villamizar Ochoa contra la Unidad Administrativa Especial - Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, en atención a lo considerado en esta providencia.

### **CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.



**SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ**

**Consejera**

**GERARDO ARENAS MONSALVE**

**Consejero**

**CARMELO PERDOMO CUETER**

**Consejero**